



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Representación legal y servicios deportivos de menores:
fútbol

Autor/es

DAVID GARCÍA CARMONA

Director/es

PEDRO V. DE PABLO CONTRERAS

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2017-18



Representación legal y servicios deportivos de menores: fútbol, de DAVID GARCÍA CARMONA

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2018

© Universidad de La Rioja, 2018

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

**REPRESENTACIÓN LEGAL Y SERVICIOS DEPORTIVOS DE MENORES:
FÚTBOL**

**LEGAL REPRESENTATION AND SPORTS SERVICES FOR MINORS:
FOOTBALL**

DAVID GARCÍA CARMONA

PROFESOR: PEDRO DE PABLO CONTRERAS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GRADO EN DERECHO

2017-2018

Resumen

En el Derecho civil español, los menores de edad no pueden realizar cualquier acto válido en el tráfico jurídico, sino que presentan diversas limitaciones procedentes de la edad, la patria potestad y otras instituciones jurídicas objeto de estudio en este trabajo.

Debido a la importancia que los menores tienen en nuestra sociedad y a que son individuos sujetos a una especial protección, el presente trabajo ofrece las posibilidades de actuación que presentan éstos en las diferentes situaciones en las que se pueden encontrar durante su minoría de edad, bajo la patria potestad, bajo el régimen tutelar, etc.

Los menores pueden realizar a pesar de ello, diversos actos jurídicos y que estos desplieguen su eficacia, sin embargo, interesa saber el alcance de estos actos y si, por ejemplo, un menor de edad puede vincularse de forma profesional con una entidad deportiva de élite como puede ser un club profesional de fútbol.

Abstract

In Spanish civil law, minors cannot perform any act valid in the legal trade, but they have various limitations stemming from age, parental authority and other legal institutions object of study in this work.

Due to the importance that minors have in our society since they are individuals subject to a special protection, the present work offers the possibilities of action that they present in the different situations in which they can be found during their minority, under the parental custody, under the tutelary regime, etc.

However, minors can carry out various legal acts and these can be effective, however, it is important to know the scope of these acts and if, for example, a minor can be linked professionally with an elite sports entity such as a professional soccer club.

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1. Objeto de estudio.....	4
1.2. Metodología.....	5
1.3. Objetivos.....	6
2. CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS MENORES DE EDAD:	
CC Y ET.....	7
2.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar.....	7
2.2. Capacidad contractual del menor.....	9
2.3. Emancipación.....	12
2.4. Mayoría de edad.....	14
2.5. Principio de interés superior del menor.....	16
2.6. Edad y capacidad contractual del menor en el Derecho aragonés.....	17
2.7. Edad y capacidad contractual del menor en el Derecho navarro.....	21
3. PATRIA POTESTAD.....	24
3.1. Concepto y régimen jurídico.....	24
3.2. Guarda de hecho.....	26
4. REPRESENTACIÓN LEGAL EN LA CONTRATACIÓN	
DE MENORES.....	28
4.1. Concepto y régimen jurídico.....	28
4.2. Régimen tutelar.....	32
4.3. Desamparo.....	35
5. ÁMBITOS ESPECÍFICOS	39
5.1. Fútbol: caso Baena (mediante análisis jurisprudencial).....	39
6. CONCLUSIONES.....	42
7. FUENTES DE INFORMACIÓN.....	43
7.1. Bibliografía.....	43
7.2. Legislación.....	44
7.3. Jurisprudencia.....	46

TABLA DE ABREVIATURAS:

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CDDFFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CDCFN: Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

CE: Constitución Española de 1978.

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria: LJV.

LMSPIA: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOREG: Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

LORPM: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

STS: sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto de estudio

La vida de las personas se determina por las decisiones que toman, por los actos que pueden realizar, así como por las reglas, mecanismos y límites establecidos para dirigir dichos actos sin que nadie se vea perjudicado.

Estas posibilidades de actuación tienen un especial interés en cuanto son realizados por personas menores de edad, puesto que son sujetos de derecho, es decir, los menores de edad son sujetos susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Durante el transcurso de la vida de los menores de edad (hasta los 18 años), estos pueden realizar diversos negocios jurídicos de una muy variada naturaleza, como adquirir productos mediante contratos de compraventa, realizar contratos de servicios para hacerse tatuajes, piercings, etc. Estas posibilidades de actuación de los menores presentan ciertos aspectos comunes, que se traducen en la sencillez de los negocios jurídicos y en el escaso interés económico que puede alcanzar el perfeccionamiento de dichos negocios jurídicos.

Sin embargo, estas posibilidades bastante limitadas de realizar negocios jurídicos por parte de los menores puede verse, en cierta medida, ampliada por la figura de la representación legal (debidamente tratada y analizada en el punto número 4 del presente trabajo), hasta el punto de realizar contratos en materia laboral, como lo son los contratos realizados por los padres con ciertas entidades deportivas para prestar los servicios de sus hijos.

Estos contratos laborales con determinadas entidades deportivas son muy comunes en la actualidad y principalmente se traducen en contratos que vinculan a los menores de edad, desde edades muy tempranas, con clubes profesionales de fútbol, ya que es el deporte más trascendente a nivel económico a escala nacional. Por estos motivos y circunstancias, el presente trabajo tiene como finalidad determinar el régimen jurídico de los menores, en cuanto a su capacidad para contraer y perfeccionar negocios jurídicos vinculantes, las posibilidades de actuación que los padres ostentan en representación de los menores para perfeccionar contratos relativos a los servicios de los mismos, así como los límites

legales y jurisprudenciales establecidos para estas actuaciones como por ejemplo, el principio del interés superior del menor y el principio de protección del menor.

1.2. Metodología

La metodología empleada para el desarrollo del estudio es la propia de la Ciencia Jurídica, es decir, un estudio transversal de los diferentes epígrafes y sub-epígrafes mediante un análisis de la legislación aplicable a la materia, así como de la jurisprudencia existente sobre la misma y un estudio de las principales líneas doctrinales con posicionamientos firmes.

En el primer epígrafe o apartado, en el que se incluye este subapartado, se trata de evidenciar el tema o materia objeto de análisis y estudio y los razonamientos que lo motivan.

En el segundo apartado, referente a la capacidad contractual de los menores de edad, se realiza un análisis de los diferentes preceptos que existen en las diversas legislaciones y que son de aplicación a la materia, es decir, que versan sobre la capacidad de los menores de edad para contratar, así como un inciso en materia contractual deportiva y unos sub-epígrafes relativos a derecho comparado.

Todo ello se desarrolla con la presencia del principio del interés superior del menor, analizado en un sub-epígrafe dentro de este apartado, pues guía las figuras jurídicas que serán objeto de análisis en los siguientes apartados y a su vez se establece como límite para la actuación en la representación legal y en el régimen tutelar.

En el tercer apartado, el cual, versa sobre la patria potestad, se realiza un análisis del régimen legal existente sobre esta institución jurídica, puesto que manifiesta una férrea y evidente relación con los servicios de los menores de edad y a su vez, con la representación legal.

En el cuarto apartado, el cual trata la representación legal en la contratación de menores, se realiza un análisis del régimen jurídico de esta institución jurídica. También se elabora un estudio de diversas figuras jurídicas, algunas que guardan cierta similitud con la representación legal, como lo es la tutela, así como otras que evidencian la carencia de las anteriores como lo es el desamparo.

En el quinto apartado, el cual alude a ámbitos específicos, se realiza un análisis de la contratación de los menores y de la prestación de sus servicios en el sector

del deporte y, en concreto en el fútbol, mediante un análisis legal y jurisprudencial puesto que es el sector más trascendente en la economía.

El sexto apartado tiene como finalidad realizar una serie de conclusiones relativas a la materia que ha sido objeto de estudio a lo largo del trabajo.

Por último, el séptimo apartado recopilará las diversas fuentes de información empleadas en la realización del trabajo, bibliografía, legislación y jurisprudencia empleadas.

1.3. Objetivos

Una vez dispuesto lo anterior, es necesario señalar que el desarrollo de este trabajo tiene por objeto establecer y determinar las posibilidades de actuación que poseen los menores en el derecho general español para perfeccionar negocios jurídicos y cómo influye en dichos actos la figura de la representación legal, así como el régimen legal de ambas figuras, sus limitaciones a través de los métodos que proporciona la ciencia jurídica, es decir, mediante el estudio de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina.

2. CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS MENORES DE EDAD: CC Y ET

2.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Por un lado, por capacidad jurídica se entiende la aptitud general para ser titular de derechos subjetivos, deberes objetivos y obligaciones y en un sentido amplio se entiende por capacidad jurídica la aptitud de un sujeto para ser titular de relaciones jurídicas o sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones.

Según Carlos Martínez de Aguirre *“la capacidad jurídica es la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones.”*¹

Para entender este concepto hay que partir de una lectura de los arts. 29² y 30³ del CC donde se determina que el momento del nacimiento con vida, una vez producido un entero desprendimiento del seno materno es el origen de la personalidad de un individuo y es que, del concepto de personalidad que en estos preceptos se dispone, se deriva el concepto de capacidad jurídica, es decir, la ley atribuye a una persona física la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento.

Esta capacidad es un atributo inherente a la persona y el momento temporáneo concreto del nacimiento representa la adquisición de la capacidad jurídica, aunque al “nasciturus”, el concebido, pero no nacido, se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables tal y como expresa el art. 29 CC.

Por otro lado, por capacidad de obrar se entiende de forma genérica la aptitud para ejercitar relaciones jurídicas y que éstas produzcan efectos jurídicos.

Según Lacruz Berdejo: *“la capacidad de obrar es la aptitud para realizar actos jurídicos concretos y ejercitar los derechos y obligaciones de que es titular.”*⁴

¹ Martínez de Aguirre, C. (2011). La persona y el derecho de la persona. En Curso de Derecho Civil I, Derecho Privado Derecho de la persona (p. 324). Madrid: Colex.

² Art. 29: *“el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.”*

³ Art. 30: *“la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.”*

⁴ Sánchez-Eznarriaga, Luis Zarraluqui. (2007). Derecho de familia y de la persona (T.I) (p. 49). Barcelona: Bosch.

La capacidad de obrar requiere que el sujeto que realiza diversas actuaciones posea conocimiento y voluntad en el ejercicio y desempeño de estas pues para ser capaz no es suficiente con tener capacidad jurídica.

En la misma línea es necesario señalar que los diferentes sujetos de derecho no poseen estas cualidades de conocer, entender y de tener voluntad en el mismo grado. Esto unido con diversos factores como la edad, incapacitación, nacionalidad del sujeto y vecindad civil da lugar a la existencia de diversos grados de la capacidad de obrar que grosso modo son los siguientes:

- Capacidad natural: se exige para que una actuación concreta despliegue todos sus posibles efectos jurídicos que el sujeto que las realice se halle en una situación de entender y querer, es decir, la capacidad natural implica que el sujeto tenga tanto conocimiento como voluntad para realizar dicho acto. Un ejemplo de la ausencia de esta capacidad es el supuesto en el que un sujeto actúa en estado de sonambulismo. En este caso, el acto no será válido debido a la ausencia de consentimiento.
- Capacidad de obrar general: hace referencia al propio concepto de capacidad de obrar, es decir, se refiere a la posibilidad de actuar válidamente en el tráfico jurídico y que estas actuaciones produzcan efectos jurídicos válidos.
- Capacidad de obrar especial: este tipo lo es ex lege, es decir, el ordenamiento jurídico para determinados supuestos va a exigir unas condiciones concretas en función de las características del propio acto. Un claro ejemplo de este tipo de capacidad de obrar es el supuesto de la adopción, en el cual, para realizarse, no es suficiente que el sujeto sea mayor de edad, sino que se exige que el adoptante sea mayor de veinticinco años tal y como se establece en el art. 175.1 CC: *“La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años.”*

Otro ejemplo de la capacidad de obrar especial pero contrario del supuesto de hecho anterior, es decir, un supuesto en el que el ordenamiento jurídico no exija más requisitos o condiciones que las que implica la capacidad de obrar ordinaria, sino que exija menos es el relativo a la capacidad de testar. El art. 663 CC establece que los menores de 14 años están incapacitados para testar, a sensu contrario se debe entender que los mayores de 14 años están

capacitados para testar, con las excepciones que el acto jurídico del testamento implica como lo es el testamento ológrafo establecido en el art. 688⁵ CC.

- Incapacidad: hace referencia al supuesto en el que un sujeto carece de aptitud para el desarrollo de derechos subjetivos y por ello, necesita un representante legal que ejercite esos derechos y/o deberes por él.

Conforme vaya sucediendo el transcurso del tiempo y determinadas situaciones, la capacidad jurídica de los menores se irá ampliando hasta alcanzar los 18 años, momento en el que se obtiene la mayoría de edad y se adquiere, salvo algunas excepciones como la incapacitación judicial, la capacidad de obrar plena permitiendo al sujeto de derecho que la adquiere realizar cualquier tipo de acto jurídico o negocio con plena eficacia y convertirse de este modo en un sujeto con capacidad y libertad plena para actuar en el tráfico jurídico y ser objeto de derechos y obligaciones.

2.2. Capacidad contractual del menor

En cuanto a la edad, el ET establece en su articulado, en concreto en el art. 6.1 que *“se prohíbe la admisión del trabajo a menores de 16 años”*. En la misma línea hay que señalar el art. 32.1 de la CNY de 1989 sobre los derechos del niño que establece que: *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”*.

En contraposición con este límite de carácter absoluto, establecido por el ET, de 16 años como edad mínima para desempeñar un trabajo hay que destacar el art. 24.2 de la CDDFFUE en el que se establece *“En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”* además del art. 35 CE que determina que *“todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio...”*

⁵ Art. 668: *“el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad...”*

Existe, por tanto, una dicotomía evidente a nivel legislativo, por un lado, está la prohibición absoluta de trabajar de los menores de 16 años, así como el desempeño de cualquier trabajo que pueda entorpecer su educación y en cierta medida pueda ser peligroso, como lo es el fútbol, y, de otro lado está la prioridad del interés superior del menor, que, por lo general en estos supuestos, es desarrollar de forma efectiva y plena dicho deporte y el derecho a la libre elección de profesión u oficio recogido en el art. 35 CE.

En esta misma línea hay que destacar, de forma breve puesto que será objeto de análisis en el siguiente punto, un principio recogido en la LOPJM, en concreto en el art. 2⁶ donde se pone de manifiesto la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro tipo de interés legítimo. Además, el interés superior del menor también se recoge como un principio constitucional en el art. 39.2 CE: “*la protección integral de los hijos.*”

Aunque parece que el balance legislativo se decanta a favor de que los menores de 16 años, mediante los mecanismo legales debidos como sería a través de la representación legal de sus padres o de un tutor, puedan vincularse con entidades deportivas profesionales, no es menos lógico que el Derecho articule diversos mecanismos legales de protección para los menores debido a la especial importancia y relevancia que tienen en la sociedad, así como su vulnerabilidad frente a las grande entidades deportivas, como lo son los clubes profesionales de fútbol, puesto que no hay que olvidar que estas entidades también tienen sus propios y legítimos intereses y en estos contratos con menores actúan como un empresario laboral, buscando un obvio beneficio de la vinculación contractual.

Una vez puesto de manifiesto el panorama legislativo, la solución parece estar en establecer un equilibrio entre ambos extremos, así como un equilibrio entre el interés del menor y los derechos e interés de los clubes⁷ pues no tiene que ser incompatible la educación de los menores con la práctica de deporte, aunque sea a nivel profesional, pues ambos factores están recogidos en la CE, en concreto en

⁶ Art. 2: “*En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...*”

⁷ Este equilibrio puede llegar a darse de la mano de los reglamentos específicos del sector, es decir, de la normativa del fútbol y en concreto de la mano de la FIFA (Fédération Internationale de Football). Association) como institución internacional que rige las normativas de este deporte y de las Federaciones Nacionales.

los arts. 27.2 para la educación y 43.3 para el deporte, y ambos son elementos esenciales para el desarrollo de la personalidad humana.

Es interesante abarcar la normativa establecida por la FIFA sobre la contratación de menores y contemplar la gran carencia de una normativa específica sobre esta materia de cara a evitar situaciones de explotación de los menores y en general situaciones con gran trascendencia económica como es el caso Baena, analizado en el apartado 5 de este trabajo.

Lo único que la FIFA dispone sobre menores en sus múltiples Reglamentos se encuentra en el art. 18.2⁸ del Reglamento sobre el Estatuto y Tránsito de Jugadores donde se determina que los jugadores menores de 18 años no podrán firmar un contrato profesional de una duración superior a 3 años.

Sí dispone el art. 19 del mismo Reglamento unas medidas de protección de menores para supuestos de transferencias internacionales, es decir, un traspaso de un jugador de un club de fútbol a otro de un país diferente. Este precepto determina que una transferencia internacional de un jugador solo se permite si dicho jugador tiene 18 años.

Sin embargo, en el art. 19.2⁹, se determinan una serie de excepciones que permiten un traspaso internacional de un jugador menor de 18 años.

La realidad es que estas excepciones son las que alegan los grandes clubes de las grandes ligas para traer a las categorías inferiores de sus equipos a jugadores de

⁸ Art. 18.2: "Los jugadores menores de 18 años no pueden firmar un contrato de profesionales de una duración mayor de tres años. No se aceptará cualquier cláusula de un periodo mayor."

⁹ Art. 19.2: "Se permiten las siguientes tres excepciones:

a) Si los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol.

b) La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) y el jugador tiene entre 16 y 18 años de edad. El nuevo club debe cumplir las siguientes obligaciones mínimas:

i. Proporcionar al jugador una formación o entrenamiento futbolístico adecuado que corresponda a los mejores estándares nacionales.

ii. Además de la formación o capacitación futbolística, garantizar al jugador una formación académica o escolar, o una formación o educación y capacitación conforme a su vocación, que le permita iniciar una carrera que no sea futbolística en caso de que cese en su actividad de jugador profesional.

iii. Tomar todas las previsiones necesarias para asegurar que se asiste al jugador de la mejor manera posible (condiciones óptimas de vivienda en una familia o en un alojamiento del club, puesta a disposición de un tutor en el club, etc.).

iv. En relación con la inscripción del jugador, aportará a la asociación correspondiente la prueba de cumplimiento de las citadas obligaciones.

c) El jugador vive en su hogar a una distancia menor de 50 km de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de 50 km de la misma frontera en el país vecino. La distancia máxima entre el domicilio del jugador y el del club será de 100 km. En tal caso, el jugador deberá seguir viviendo en su hogar y las dos asociaciones en cuestión deberán otorgar su consentimiento.

todas las partes del mundo y por incumplimiento de estas mismas excepciones, clubes de fútbol profesional como el Real Madrid, el Fútbol Club Barcelona o el Atlético de Madrid, han sido sancionados.

A modo se suma, sobre este apartado hay que decir que es necesario una normativa concreta sobre la materia de la contratación profesional de los menores de edad, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, para evitar las ambigüedades existentes y que los grandes clubes aprovechen estos vacíos legales para lucrarse.

2.3. Emancipación

“La emancipación es una mayoría de edad con ciertas limitaciones concretas, fuera de ellas, el emancipado, queda libre de la patria potestad o de la tutela, adquiere capacidad plena y, por ende, puede celebrar toda clase de contratos distintos de los exceptuados.”¹⁰

Mediante la emancipación, un menor de edad puede regir tanto su persona como sus bienes de un modo similar a una persona mayor de edad, pero con alguna excepción, es decir, adquiere capacidad de obrar plena pero limitada hasta que alcance la mayoría de edad.

El menor emancipado no puede tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar inmuebles sin consentimiento de sus padres, aunque puede comparecer en juicio por sí solo tal y como dispone el art. 323 CC¹¹.

La emancipación puede obtenerse por 3 razones tal y como se determina en el art. 314¹² CC:

¹⁰ Lacruz Berdejo, José Luis. (2010). Elementos de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 2º (pp. 136 y 137). Madrid: Dykinson.

¹¹ Art. 323: *“La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles... sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.*

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.”

¹² Art. 314: *“La emancipación tiene lugar:*

1.º Por la mayor edad.

2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.

3.º Por concesión judicial.”

1. Por la mayor edad: razón analizada en el anterior apartado y al cual me remito.
2. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad: para este supuesto de hecho es necesario que el menor de edad tenga 16 años y que consienta la emancipación. Este procedimiento se articula por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro y es necesario que se inscriba en el Registro Civil tal y como expresan respectivamente los arts. 317¹³ y 318¹⁴ CC. Es necesario señalar que son los padres o quienes ostenten la patria potestad del menor los que deben presentar la iniciativa y por ende, conceder la emancipación y el menor solamente puede intervenir dando o no su consentimiento.
3. Por concesión judicial: se exige al igual que en el supuesto anterior que el menor tenga 16 años y dentro de esta tipología existen diversos motivos por los que el Juez puede conceder la emancipación a los menores, se hallan en el art. 320 CC:
 - a) Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.
 - b) Cuando los padres vivieren separados: este supuesto hace referencia a la separación de hecho, pues si ha habido un procedimiento judicial bien de divorcio bien de separación y como consecuencia de ello se ha atribuido la patria potestad a alguno de los progenitores, este deberá cumplirla pues habría una sentencia firme y no parece propicio que pudiera instar el procedimiento de emancipación del menor.
 - c) Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad: este supuesto hace referencia a aquella situación en la que el menor considere que no se está cumpliendo con los deberes inherentes a la patria potestad y se vea por ello perjudicado.

A parte de los 3 supuestos establecidos ex lege, hay que añadir la emancipación de hecho, consistiendo ésta en aquel supuesto en el que el hijo

¹³ Art. 317: “Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta...”

¹⁴ Art. 318: “La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tantos efectos contra terceros...”

menor de edad, pero mayor de 16 años viva de forma independiente de sus padres, pero con su consentimiento con base en el art. 319¹⁵ CC.

También hay que señalar que, en este supuesto de la emancipación, los menores de edad responden personalmente de sus propios actos eludiendo de este modo lo dispuesto en el art. 1903¹⁶ CC, es decir, no responderán los padres del menor emancipado por los actos cometidos por dicho menor.

Los menores emancipados tienen capacidad para vincularse laboralmente, ya que en dos de los tres supuestos que pueden originarla, dicho menor ha de tener 16 años, edad que como se ha manifestado con anterioridad es la edad mínima que se debe tener para desempeñar un trabajo. Por lo tanto, el menor, a la hora de guarecer por su futuro, puede vincularse profesionalmente con cualquier entidad deportiva sin la necesidad del consentimiento de sus padres, puesto que con la emancipación obtendría capacidad de obrar suficiente para contraer dicho tipo de obligaciones contractuales con plena validez jurídica.

2.4. Mayoría de edad

El análisis de este apartado debe iniciarse desde la rama constitucional del Derecho, pues es la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro texto fundamental contiene en su art. 12 la regla general de la mayoría de edad en el derecho español: *“los españoles son mayores de edad a los 18 años.”*

Correlativamente se establece esta mayoría de edad en el art. 315 CC que proporciona la misma regla que el texto constitucional.

La mayoría de la edad implica la obtención una capacidad para ejercitar grandes derechos y del mismo modo y en consonancia para cumplir deberes.

Partiendo con los derechos que proporciona la mayoría de edad hay que empezar señalando que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil salvo por las excepciones que contiene el CC en su articulado con base en el art. 322¹⁷.

¹⁵ Art. 319: *“Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos.”*

¹⁶ Art. 1903: *“Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.”*

¹⁷ Art. 322: *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”*

La mayoría de edad implica en sí mismo la obtención por parte del sujeto del goce de capacidad de obrar plena pues posee la facultad de gobernarse por sí mismo y no sólo en el ámbito civil ya que la mayoría de edad abre un mayor elenco de sectores en los que el sujeto puede participar, como es el ámbito político y en concreto el derecho de sufragio activo y pasivo, es decir, el derecho que poseen los ciudadanos mayores de edad a votar en las elecciones tanto municipales como nacionales así como a presentarse candidatos en los diversos procesos electorales que existen en nuestro Estado de Derecho en conformidad con lo dispuesto en los arts. 2¹⁸ y 6¹⁹ de la LOREG.

Otra acción destacable que la mayoría de edad permite realizar es otorgar testamento ológrafo pues como se ha señalado en el apartado precedente sólo los mayores de edad pueden realizar esta tipología específica de testamento.

Sin embargo, la mayoría de edad no permite a quien la disfruta el poder realizar cualquier acto, sino que existen ciertos límites legales como es el supuesto de la adopción analizada en el apartado 2.1 al cual me remito.

También hay que mencionar, pues es de vital importancia, que el obtener la mayoría de edad implica no seguir siendo un menor de edad lo que conlleva a que esa persona responda personalmente de sus actos y no lo hagan sus padres o tutores, pues como establece el art. 1903 CC: *“los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”*.

Del mismo modo hay que tratar levemente el ámbito penal. Los delitos, aun siendo los mismos para todas las personas, presentarán diversas consecuencias en función de si han sido cometidos por un menor de edad o por una persona mayor de edad. Si el ilícito penal ha sido cometido por una persona mayor de edad, le será de aplicación lo dispuesto en el CP; si el tipo de injusto ha sido cometido por un menor de edad mayor de 14 años, pero menor de 18 le será de aplicación la LORPM y si el delito ha sido protagonizado por un menor de 14 años, se sigue el régimen de la inimputabilidad de éstos, es decir, las consecuencias exigibles no serán ni las del CP ni las de la LORPM, sino que serán las previstas por el CC sobre la protección de menores, en concreto los arts. 172 y siguientes.

¹⁸ Art. 2.1: *“El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente.”*

¹⁹ Art. 6.1: *“Son elegibles los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad...”*

En conclusión, la mayoría de edad permite a quienes eran menores de edad actuar libremente en el tráfico jurídico y en el ámbito de la contratación con las únicas limitaciones dispuestas en la ley y en el propio contrato laboral y sus respectivas cláusulas contractuales. El mayor de edad podrá vincularse laboralmente con cualquier entidad ya que posee capacidad jurídica plena y se sobreentiende su entendimiento y voluntad en los actos jurídicos que realiza.

2.5. Principio de interés superior del menor.

Como se ha señalado en apartados precedentes, el interés superior del menor está recogido en diversos textos legales del ordenamiento jurídico español, en primer lugar, hay que destacar nuevamente el art. 39.2 de nuestra Carta Magna donde se recoge el interés superior del menor como un principio constitucional: “*la protección integral de los hijos*” y es que, no hay que olvidar otros principios como son el principio de supremacía legal y el principio de jerarquía normativa que implican la especial trascendencia y relevancia de este precepto constitucional.

En segundo lugar, hay que atender a lo dispuesto en la LOPJM, en especial a lo dispuesto en su art. 2 sobre principios generales: “*En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.*

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”

Esta ley proyecta el interés superior del menor como una cláusula general que debe englobar y canalizar otras expresiones como “lo beneficioso para el menor”, “cuando convenga al menor” tal y como señala Marta Bo Jane²⁰ puesto que, de este modo, se permite cierta autonomía judicial para poder solucionar los problemas prácticos del supuesto de hecho concreto.

²⁰ Marta Bo Jane: Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.

Bo Jane, M. & Caballero Ribera, M. (1996). El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés? Las Rozas (Madrid): La Ley.

El interés superior del menor presenta notas de subjetividad y ambigüedad que han de ir perfilándose de modo conciso para cada supuesto de hecho concreto, es decir, es necesario evitar una concepción rígida y poco flexible de este concepto jurídico ya que de ser así se permite al Juez dilucidar la situación del menor y poder aplicar en su caso lo más beneficioso para este.

Sin embargo, aunque el Juez presente cierta discrecionalidad a la hora de decidir, esto no significa que forje decisiones arbitrarias, pues dichas resoluciones han de respetar los derechos del niño tanto en el plano nacional como en el plano internacional siendo el caso de la Convención sobre los derechos del niño de 1989 que dispone en su articulado diversos derechos fundamentales de los menores tales como derecho a la libertad de expresión, derecho a ser oído, derecho a la libertad de pensamientos, conciencia y religión, etc.

En definitiva, existiendo un debate doctrinal sobre los parámetros jurídicos aplicables al concepto de interés superior del menor, se puede afirmar que hay que articular mecanismos para la protección de los menores, en especial en el plano económico como señala O'Callaghan²¹ y que este interés superior del menor debe interpretarse como una capacidad de obrar en potencia, es decir, que se vaya desarrollando y adquiriendo de forma paulatina con el paso del tiempo.

2.6. Edad y capacidad contractual del menor en el Derecho aragonés.

El derecho aragonés presenta ciertas connotaciones características relativas a los menores de edad y su capacidad de obrar.

En primer lugar, hay que señalar que el derecho aragonés no adquiere o no hace suyas ciertas instituciones jurídicas romanas como es el caso de la patria potestad y esto hace que regulen de forma propia estos parámetros legales.

Históricamente, en el Derecho aragonés se alcanzaba la mayoría de edad a los 14 años (Fuero contractibus minorum, 1247). Posteriormente, desde el año 1348 tienen lugar diversos fueros (Fuero Ut minor xx annorum y Fuero De deliberationibus) que imponen sucesivas restricciones a la capacidad de la que venía disfrutando el mayor de 14 años y determinan que éste no puede realizar

²¹ López San Luis R. (2001). La capacidad contractual del menor. (p. 54). Madrid: Dykinson.

determinados actos jurídicos si no media la voluntad de sus padres hasta contraer matrimonio o llegar a la edad de 20, es decir, se trata de una mayoría de edad restringida hasta alcanzar la plena capacidad de obrar a los 20 años, por ejemplo, el Fuero Que los menores de xx años, de 1564, establecía que los solteros menores de 20 años no pueden ni contratar ni obligarse excepto si media la voluntad de sus padres.

Es necesario hacer en este punto una aclaración y es que, lo hasta ahora dicho no determina que la mayoría de edad se fije en los veinte años pues tal y como dice Sancho Rebullida: *“la capacidad del mayor de catorce años y menor de veinte queda limitada al asesoramiento paterno o judicial. Pero ello no significa que la mayoría de edad se fije en los veinte años. Los actos excluidos de su persona y aislados de su ejercicio siguen siendo la excepción.”*²²

Siguiendo con la línea temporal, el Derecho aragonés no se vio influenciado por la promulgación del CC de 1889 y, por ende, siguieron vigentes los Fueros anteriores a este.

Sin embargo, el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 1925, en su art. 10²³ fija la mayoría de edad a los 20 y determina que los mayores de 14 ya no son mayores de edad, aunque poseen grandes capacidades y posibilidades de actuación contractual que acercan la situación de estos a la de los mayores de edad tal y como dispone el art. 13 del mismo Apéndice al señalar que: *“El soltero mayor de catorce años y menor de veinte puede por sí celebrar toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre...”*

Con posterioridad, hubo una modificación de este Apéndice de 1925 que llegó de mano de la Ley de 13 de diciembre de 1943 que determina en su art. 324 la mayoría de edad a los veintiún años para todos los españoles y se derogó definitivamente por la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho

²² Sancho Rebullida, F. (1954). La edad en el Derecho aragonés (pp. 350 y 351). Zaragoza: Estudios de Derecho aragonés.

²³ Art. 10: *“Son mayores de edad:*

1.º Los que han cumplido veinte años...”

²⁴ Art 3: *“Queda subsistente lo dispuesto en el número segundo del artículo diez y en el artículo trece del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón pero entendiéndose referidas a los veintiún años las citas de estas disposiciones relativas a los veinte años.”*

civil de Aragón, hasta llegar al Código del Derecho Foral de Aragón de 2011²⁵ y vigente en la actualidad que determina en su art. 4 la mayoría de edad a los 18 años, equiparando de este modo, lo dispuesto en el art. 12 CE.

Una vez realizada una evolución histórica, hay que determinar los actos y contratos que pueden realizar los menores de edad de acuerdo con los preceptos contenidos en el Derecho civil aragonés.

Hay que partir de lo contenido en el art. 23²⁶ del Código del Derecho Foral de Aragón y es que el menor mayor de 14 años puede realizar por sí mismo cualquier acto que le permita la ley realizar por sí solo sin necesidad de asistencia y en general, puede celebrar por sí cualquier tipo de acto y contrato, aun no estando emancipado, con la asistencia de sus padres o en su caso, tutor.

Del mismo modo, hay que atender a lo recogido en los art. 5.3²⁷ y 7²⁸ del Código del Derecho Foral de Aragón, donde se dispone que el menor mayor de 14 años ya no está sujeto a la representación legal y su capacidad se completa con la asistencia, bien de sus padres bien de su tutor.

²⁵ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón» el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

²⁶ Art. 23. Capacidad.

1. *“El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor.*

2. *La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez.*

3. *El menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo.”*

²⁷ Art. 5.3: *“La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia.”*

²⁸ Art. 7: *“El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo:*

a) Ejercer los derechos de la personalidad.

b) Otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales.

c) Llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia.

2. *Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva.”*

De todo lo dispuesto en estos preceptos cabe entender que es el menor el que realiza el contrato o acto en cuestión, él presta el consentimiento negocial mientras que la asistencia de otra persona, como la de cualquiera de sus padres o su tutor, es una “*conditio iuris*” para la eficacia de dicho acto o contrato.

El menor mayor de 14 años también puede disponer de sus propios bienes y desempeñar él mismo la administración de estos, siempre que cuente con la debida asistencia, aunque, existen ciertos bienes para los que tiene competencia exclusiva en su gestión y administración y no requiere de asistencia como los bienes que adquiera con su trabajo, los frutos y productos obtenidos con ellos tal y como establece el art. 26²⁹ del Código del Derecho Foral de Aragón.

En el Derecho civil aragonés se concede al menor un elenco amplio de posibilidades de actuación en el ámbito jurídico de las que no dispone en el Derecho general español.

De una interpretación literal de los preceptos que han sido citados, el menor mayor de 14 años en el Derecho aragonés tendría la posibilidad de vincularse por sí mismo, aunque con la debida asistencia, con una entidad profesional de deporte. Es una diferencia considerable respecto al régimen común donde el menor queda prácticamente a disposición de sus padres, que por supuesto tienen que velar por los intereses del menor, para poder vincularse con cualquier entidad deportiva de forma profesional, es decir, el Derecho aragonés articula la posibilidad de que sea el menor mayor de 14 años el que decida y preste el consentimiento negocial necesario para vincularse profesionalmente con una de estas entidades con la asistencia de sus padres como “*conditio iuris*” para dar validez al acto, mientras que en el derecho común español, la última palabra la tienen los padres o el tutor puesto que ostentan la representación legal y la patria potestad del menor, aunque

²⁹ Art. 27: 1. “El administrador administra los bienes del menor mayor de catorce años en representación suya, pero los actos de administración podrán ser realizados también por el menor con la debida asistencia.

2. Compete exclusivamente al menor, sin necesidad de asistencia, la administración de:

- a) Los bienes que adquiera con su trabajo o industria.
- b) Los que se le hubieren confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos.
- c) Los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiere ordenado.”

éste tenga que ser oído y se deba tomar una decisión acorde con el interés superior del menor.

2.7. Edad y capacidad contractual del menor en el Derecho navarro

Del mismo modo que el derecho aragonés, el derecho navarro también presenta algunas características propias en lo referente a los menores y a su capacidad de obrar.

A diferencia del Derecho aragonés, el Derecho navarro hace suyas algunas instituciones jurídicas del Derecho romano como la mayoría de edad. La mayoría de edad romana fue fijada a los veintiún años por la “Ley Plaetoria”, *la cual se promulgó para dar solución a los abusos y actos fraudulentos a los que eran sometidos los menores de catorce años.*”³⁰

Posteriormente, el Derecho navarro establece la mayoría de edad a los siete años en el Fuero General de Navarra y al igual que en Roma se produjeron abusos a los menores y ello motivó el nacimiento de nuevas leyes para solucionar esta cuestión como el Amejoramiento del Fuero en 1330 que establecía la mayoría de edad a los catorce años para los hombres y a los doce años para las mujeres.

En 1558 se promulgó el Fuero Reducido que reformó lo dispuesto en el Amejoramiento estableciendo que los menores de siete años carecían por completo de capacidad de obrar y los padres o parientes debían representarlos; los mayores de siete pero menores de catorce, es decir, los impúberes, tenían capacidad para determinados actos como ser testigos por ciertos daños causados por animales o ser testigos en testamentos otorgados en peligro de muerte y, por último los púberes, quienes a la edad de catorce años adquirirían una plena capacidad de obrar y se les permitía realizar cualquier tipo de actos como otorgar testamento, enajenar sus bienes, etc.

Tras esto, durante un extenso espacio de tiempo, incluyendo el periodo tras la promulgación del CC, se determinó los veinticinco años, equiparándolo así con el Derecho romano, como edad en la que los sujetos adquirirían la plena capacidad de obrar y la plenitud de sus derechos civiles en una costumbre contra ley que fue admitida por los Tribunales tal y como se observa en el considerando cuarto de la

³⁰ López San Luis, R. (2001). La capacidad contractual del menor. (p. 121). Madrid: Dykinson

Sentencia de 1 de abril de 1891: “*se observa en Navarra sin precisar desde qué tiempo la costumbre de que la mayor edad empiece al cumplirse los veinticinco años*”³¹.

Siguiendo con la línea temporal se aprobó la Ley de 13 de diciembre de 1943 como se menciona en el punto anterior y al cual me remito, hasta llegar a la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. El art. 50.1³² CDCFN determina que las personas individuales adquieren la capacidad plena a los dieciocho años, con la mayoría de edad y, por lo tanto, la entrada en vigor de la CE no supuso ninguna modificación al respecto.

Sin embargo, es necesario señalar que el menor de edad, aun siendo incapaz, al llegar a la pubertad, establecida por el CDCFN a los 14 años, adquiere una capacidad de obrar limitada para determinados actos que se recogen en el propio CDCFN tal y como expresa el art. 50.2³³.

En esta misma línea, es necesario nombrar a De Pablo Contreras y Martínez de Aguirre quienes afirman que en el “*Derecho navarro el menor es un incapaz con carácter general, pero que para determinados actos se les reconoce, con carácter excepcional una capacidad de obrar limitada.*”³⁴

Para ver las posibles actuaciones o actos que pueden llevar a cabo los menores, además del art. 50.2 citado, hay que fijarse en el art. 6³⁵ CDCFN, pues a través de este precepto se permite que los menores realicen aquellos actos que el CC consiente y dispone para los menores, ya que el CC se establece como Derecho supletorio.

De todo lo anteriormente dispuesto, haciendo una interpretación de los preceptos vigentes citados y empleando el mismo supuesto de hecho que en el punto precedente, cabe decir, que el régimen de la Comunidad Foral de Navarra,

³¹ López San Luis, R. (2001). La capacidad contractual del menor. (p. 123). Madrid: Dykinson.

³² Art. 50.1: “*La capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad al cumplirse los dieciocho años.*”

³³ Art. 50.2: “*Los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se consideran púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo.*”

³⁴ De Pablo Contreras, P. & Martínez De Aguirre Aldaz, C. (1990). Curso de Derecho civil Navarro (T. I) (pp. 327 y 328). Pamplona: S.A. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra.

³⁵ Art. 6: “*El Código Civil y las Leyes generales de España serán Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la Ley 1; y no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos.*”

discrepa respecto al Derecho Aragonés y se asemeja más al Derecho común pues, aunque el menor tenga catorce años y le sea concedida una capacidad de obrar limitada, no podría vincularse profesionalmente con una entidad deportiva profesional (a diferencia de lo dicho para el Derecho aragonés), debido a que los actos que se permite realizar a estos mayores de catorce años son muy limitados, como prestar su consentimiento en el procedimiento de adopción donde es una “*conditio iuris*” para la eficacia y validez de dicha adopción. Por lo tanto, para poder cumplimentar los requisitos legales exigidos y para que el contrato profesional fuese válido y desplegase todos sus efectos jurídicos es preciso la figura de la patria potestad y de la representación que los progenitores o tutores en su caso ostentan sobre el menor, y mediante la voluntad de estos representantes podrá el menor en cuestión verse compelido y vinculado con una entidad deportiva profesional, sin perjuicio como también se ha señalado con anterioridad, de que el menor deba ser escuchado para hacer efectiva la vinculación contractual.³⁶

Del mismo modo que en el Derecho común, el Derecho navarro concede la capacidad de obrar plena al cumplir los dieciocho años y la vincula así con la mayoría de edad. Por lo tanto, es a partir de los dieciocho años cuando la persona física podrá vincularse libremente y realizar cualquier acto jurídico de forma válida y desplegando la totalidad de sus efectos.

³⁶ Tal y como determina el art. 154 CC: “*Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.*”

3. PATRIA POTESTAD

3.1. Concepto y régimen jurídico

Como concepto amplio y tal como la entiende O'Callaghan Muñoz, la patria potestad se define como “*el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos*”³⁷ y de un modo más conciso se podría determinar que es el poder otorgado a los padres sobre los hijos por la ley para surtirles de un apoyo exhaustivo, es decir, para guiar al menor sobre sus necesidades jurídicas, aspectos personales y patrimoniales.

El TS determina que la patria potestad es un efecto legal propio de toda relación paterno o materno-filial, de tal modo que una vez que, por alguno de los medios legalmente establecidos, queda determinada la filiación, la patria potestad corresponde automáticamente, “*ex lege*”, al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación, que la ejercerá junto con el otro progenitor... y se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores.³⁸

Como ya se ha expuesto, el menor de edad no tiene capacidad de obrar y serán los titulares de la patria potestad quienes actúen por el menor en el mundo jurídico.

Tal y como se expresa en el art. 154³⁹ CC la patria potestad debe ejercerse en interés de los hijos y como función tuitiva⁴⁰ genérica engloba la totalidad de necesidades del hijo menor.

En lo relativo a los deberes que comprende la patria potestad se enumeran principalmente en el art. 154 aunque es necesario señalar que se trata de una

³⁷ O'Callaghan Muñoz, X.: Código Civil comentado y con jurisprudencia. 6.ª ed. Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, p.237.

³⁸ STS 3543/1995 de 17 de junio (FJ4º).

³⁹ Art. 154: “*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos.*”

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

⁴⁰ Tuitiva puesto que así lo contempla el art. 111 CC: “*Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas.*”

institución jurídica flexible y, por ende, no tiene porqué ser igual en todos los casos.

Ahora bien, aplicando lo señalado a un supuesto de hecho concreto como es un contrato de vinculación profesional de un menor de edad con una entidad profesional del deporte, por ejemplo, un club de fútbol, los deberes que comprende la patria potestad de los padres en este caso son varios. En primer lugar, el deber de velar por el hijo, en cuanto que en la legislación civil se determina como un deber genérico de protección que debe existir en cualquier situación y circunstancia, teniendo siempre en cuenta el principio del interés superior del menor. En segundo lugar, en este supuesto de hecho que se está analizando se incluiría el deber de educar al menor y procurarle una formación integral, este deber se halla comprendido dentro del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1⁴¹ CE. Se incluye dentro de este precepto constitucional debido a que la decisión de vincular al menor profesionalmente con un club de fútbol puede determinar la educación, la formación y el futuro del menor, pues podría dejar de lado el modelo educativo genérico para centrarse de forma exclusiva en el ámbito deportivo. En tercer lugar, la función de representación que será objeto de análisis en el punto cuarto y al cual me remito.

Por todo lo anteriormente expuesto, hay que decir que los padres, siendo la situación fáctica genérica que el menor disponga de ambos progenitores, deben atender, para cualquier acto jurídico que realicen en nombre y en representación del menor, además del supuesto de hecho concreto, pues este puede tener una trascendencia fundamental en la vida del menor como se ha señalado en el párrafo precedente, a las características personales del menor, determinadas concretamente por la edad de este y por su madurez y de un modo genérico por su capacidad de comprender el acto ante el que se está así como comprender las consecuencias jurídicas que podrían derivarse de dicho acto jurídico.

⁴¹ Art. 27.1 CE: “*Todos tienen el derecho a la educación...*”

3.2. Guarda de hecho

Según De Pablo “*la guarda de hecho es una situación fáctica en que una o varias personas prestan asistencia a un menor o presunto incapaz no estando obligadas a ello.*”⁴²

Se trata de aquella situación fáctico-jurídica mediante la que un individuo se hace cargo de un menor o de un incapaz contrayendo las obligaciones propias que presenta el cargo de tutor mediando consentimiento de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de éstos.

Esta peculiar figura presenta una ausencia de regulación en el CC, el cual se limita a reconocer su existencia y como se expresa en el art. 304⁴³ del mismo texto legal, a mantener la validez de los actos realizados por el guardador si repercuten utilidad en el guardado.

En esta figura jurídica la principal nota característica es que el guardador de hecho se subroga en la posición del tutor respecto de las obligaciones propias que este cargo presenta, por ende, tiene el deber de instruir al menor, guiándole y aconsejándole durante el periodo de tiempo que dure la guarda, así como ser parte activa en la toma de decisiones con especial trascendencia e importancia.

El menor en cuanto sea capaz de contraer obligaciones jurídicas conforme a los usos habituales de la sociedad actual, como puede ser realizar cualquier negocio de compra-venta de escasa importancia para adquirir productos de poca enjundia o entidad, serán válidas, sin embargo, si durante la vigencia de este régimen de guardia se da la posibilidad de que el menor pueda desarrollar su futuro como deportista profesional para un club o entidad, el guardador aunque legalmente dispondría de los mecanismos jurídicos para efectuar dichos contratos o negocios, parece que lo más lógico es esperar a que se establezca o se constituya la tutela o curatela regular, pues no hay que olvidar que en caso de menores el régimen de la guarda es una figura de tránsito poco duradera y esa decisión puede suponer un punto de inflexión en la vida y en el futuro del menor. En el mismo sentido hay que destacar que el Juez puede establecer cualesquiera medidas de control y/o de

⁴² De Pablo Contreras, P. (2011). Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento.). En Tratado de derecho de familia, vol 6º. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia (442). Navarra: Aranzadi.

⁴³ Art. 304: “*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.*”

vigilancia que estime convenientes, así como promover el expediente para la constitución de la tutela o curatela tal y como expone el art. 52.2 LJV⁴⁴.

⁴⁴ Art. 52.2: “El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.”

4. REPRESENTACIÓN LEGAL EN LA CONTRATACIÓN DE MENORES

4.1. Representación legal y su régimen jurídico

La representación legal como concepto amplio y tal como defiende De Castro “*es el fenómeno jurídico en cuya virtud una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o del representado, pero siempre en interés de éste. Autorizado por el interesado o por la Ley, de forma que los efectos jurídicos de dicha actuación se producen en la esfera jurídica del representado.*”⁴⁵

Cabe aportar aquí otra definición doctrinal de la representación legal, Díez Picazo define la representación como “*aquella situación jurídica en que una persona presta su cooperación a otra mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas.*”⁴⁶

Se trata de un tipo de representación que tiene su origen en la ley consistiendo esencialmente en que un sujeto de derecho, el representante legal, actúa en nombre y en interés de otra persona, el representado, y los actos realizados por dicho representante tienen efectos jurídicos en la esfera del representado.

Con la actuación del representante legal en nombre y en interés de otra persona el Derecho trata de dar solución principalmente a dos problemas fácticos como son la edad y/o la concurrencia de causas que afectan a la capacidad del representado para gobernarse por sí mismo.

En pocas palabras se puede decir que el núcleo de esta figura o institución jurídica recae sobre el hecho de facilitar o posibilitar la actuación jurídica de una persona, representado, por medio de otra, representante legal, a través de la gestión de sus asuntos en relación con terceras personas.

Es necesario señalar la situación jurídica de la representación legal en España y es que, no existe una regulación sistemática y unitaria de esta figura jurídica en nuestro Derecho, sino que se constituye mediante la extrapolación de principios de diversas instituciones jurídicas entre las que cabe destacar el contrato de

⁴⁵ Aranda Rodríguez, R. (1999). La representación legal de los hijos menores (p. 18). Madrid: Boletín Oficial del Estado.

⁴⁶ Díez Picazo, L. (1979). La representación en el Derecho privado (pp. 62-64). Madrid: Cívitas.

mandato en relación con las disposiciones generales de los contratos y de forma más concreta en relación con el art. 1.259 CC.

Como su propia nomenclatura indica es una figura o institución jurídica que tiene su origen en la Ley y del mismo modo en ella se encuentra su ámbito de aplicación, su contenido y sus límites.

De lo previamente expresado cabe realizar una deducción lógica y es que, si la representación legal es una figura de origen legal, no depende de la voluntad del representado, sino que el representante legal puede actuar con un cierto margen de discrecionalidad siempre que se halle dentro de los parámetros y límites establecidos por la Ley, como por ejemplo el abuso de poder en las funciones que legalmente le han sido asignadas por expresa dicción de la Ley.

Existen ciertos límites de actuación del representante legal que no podrá realizar en nombre del representado, ciertos actos personalísimos tales como los relativos a la personalidad o aquellos que el menor pueda realizar por sí solo por disponer de suficientes condiciones de madurez, tal y como se expresa en el art. 162 CC⁴⁷. Otro límite que destacar es aquél supuesto en el que exista un conflicto de intereses entre el menor representado y los padres representantes o uno solo de los padres como por ejemplo el supuesto en el que exista una partición hereditaria y en ella, madre y/o padre e hijo concurran a dicha herencia en calidad de coherederos. Para entender el concepto de conflicto de intereses hay que acudir a la jurisprudencia del TS y en concreto al considerando tercero la STS de 12 de junio de 1985⁴⁸ donde se determina que el conflicto de intereses tiene origen: *«...cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra... de manera que la resolución recae sobre valores que si no fueren atribuidos directa o indirectamente al padre corresponderían o aprovecharían al hijo...»*.

⁴⁷ Art. 162: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1. ° Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
2. ° Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. ° Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres...”

⁴⁸ STS 1422/1985 de 12 de junio de 1985.

La solución a este supuesto de hecho del conflicto de intereses la proporciona el art. 163 párrafo primero del CC⁴⁹ y es nombrar a un defensor para los menores que los represente en juicio y fuera de él.

Para el nombramiento del defensor judicial habrá que estar a los supuestos recogidos en el art. 299 CC⁵⁰ y en concreto al primero de ellos (pues es el que se está analizando) en el supuesto de conflicto de intereses y del mismo modo habrá que estar a lo regulado en el art. 27 LJV y en concreto al supuesto que regula el propio art. 27. 1.a⁵¹.

Respecto a las funciones que le corresponden al defensor judicial hay que señalar que se regulan en el art. 302 CC⁵² en consonancia con el art. 32 LJV⁵³.

En cuanto a la representación legal de los menores, aunque la legislación no determine de un modo conciso los deberes y funciones que deben realizar los padres en representación de sus hijos menores de edad, sí ha sido determinado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en concreto hay que destacar la STS de 19 de junio de 1936, donde se determina que los padres en cuanto a que ostentan la titularidad de la patria potestad, con base en los arts. 155, 159 y 163 CC, tienen tanto el derecho como el deber de representar a los menores de edad en el ejercicio

⁴⁹ Art. 163: “Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.”

⁵⁰ Art. 299: “se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador.”

⁵¹ Art. 27.1: se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los casos en que proceda conforme a la ley el nombramiento de un defensor judicial de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o por modificar y, en todo caso, se solicitará:

a) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o personas con capacidad modificada judicialmente y sus representantes legales o su curador, salvo que con el otro progenitor o tutor, si hubiere patria potestad o tutela conjunta, no haya tal conflicto.

⁵² Art. 302: “El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida.”

⁵³ Art. 27: “Serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial.”

de cuantos actos jurídicos sean necesarios para el cuidado del menor, así como para la gestión de su patrimonio.

Es necesario señalar que los menores pueden realizar ciertos contratos que obliguen a prestaciones personales y para ello, la Ley tiene en cuenta la propia personalidad del menor que va a realizar ese contrato y al mismo tiempo determina que la actuación de los padres, en cuanto a representación legal se refiere, deba estar legitimada por el consentimiento del menor siempre que este posea suficiente madurez o juicio.

El problema está en determinar ese suficiente o juicio o madurez ya que es un concepto indeterminado. Hay que tener en cuenta para la decisión que se debe adoptar y habrá que considerar que el menor tiene suficiente madurez o juicio cuando sea capaz de comprender el trabajo que va a desempeñar mediante ese contrato de trabajo.

La representación legal es una de las funciones y a la vez deberes que tienen los padres de los menores en cuanto ostenten la patria potestad de estos y que se debe realizar en interés del menor, puesto que no sería una actividad representativa si los progenitores actuaran en su interés.

Por todo esto, en aquellas situaciones en las que es el menor no pueda decidir por sí mismo por no poseer edad o capacidad suficiente para entender los extremos de los que se está tratando, serán los padres o quienes ostenten los deberes de representación del menor quienes deban actuar en el total interés del menor, que deberá ser escuchado para todo tipo de procesos que le afecten siempre que tenga una edad o una cierta madurez que le permita comprender el supuesto de hecho que se está tratando, por ejemplo, en una vinculación deportiva con un club de baloncesto profesional, los padres o quien fuere en el caso preciso, ya que hay que analizarlo caso por caso, deben velar por el interés del menor y contribuir en su desarrollo profesional y de su personalidad. Además, en este supuesto de contratación deportiva el menor deberá ser escuchado para ver realmente cuál es su voluntad y en función de lo manifestado los representantes del menor deberán tomar las decisiones oportunas.

4.2. Régimen tutelar

De forma previa al análisis de la institución jurídica de la tutela hay que hacer una breve mención al proceso para nombrar un tutor. La competencia para este procedimiento la posee el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del menor y la tutela debe constituirse sobre los parientes más próximos que posea el menor al que va a afectar el régimen de la tutela, todo ello en conformidad con lo dispuesto en los arts. 45⁵⁴ y siguientes de la LJV.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la institución de la tutela hay que señalar que presenta un origen subsidiario respecto de la patria potestad, consiste primordialmente en un poder de protección concedido por la ley a un sujeto, tutor, sobre una persona, que puede ser un menor y sus bienes o solamente sobre uno de estos tal y como dispone el art. 215 CC⁵⁵ y estas funciones tutelares deben ejercerse siempre en beneficio del tutelado en conformidad con el art. 216 CC⁵⁶.

Apoyando la idea de la tutela como institución subsidiaria De Pablo la considera como *“institución de cierre en la atención de los menores.”*⁵⁷

La legislación civil presenta, en el art. 222 CC⁵⁸, un *numerus clausus* de personas que quedan sometidas a tutela.

En lo concerniente a la figura del tutor, hay que partir señalando que es el representante del menor a excepción de aquellos actos que dicho menor pueda

⁵⁴ Art. 45: *“El expediente se iniciará mediante solicitud en la que deberá expresarse el hecho que dé lugar a la tutela o curatela, acompañando los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios...”*

⁵⁵ Art. 215: *“La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:*

1. La tutela...”

⁵⁶ Art. 216: *“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*

⁵⁷ De Pablo Contreras, P. (2011). Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento.). En Tratado de derecho de familia, vol 6º. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia (403 y 404). Navarra: Aranzadi.

⁵⁸ Art. 222: *“Estarán sujetos a tutela:*

1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.

2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.

3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.

4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo.”

realizar por sí mismo como se expresa en el art. 267 CC: *“El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo...”*

Continuando con la figura hay que señalar las funciones que debe realizar con la debida diligencia durante el período de tiempo en el que desempeñe dicho cargo. En primer lugar, el tutor ha de ejercer su cargo de acuerdo con la personalidad de sus tutelados, respetando su integridad física y psicológica tal y como expresa el art. 268 CC, es decir, el tutor deberá adaptar la forma de desempeñar diligentemente sus funciones a la personalidad del tutelado o pupilo atendiendo a su madurez, edad y otros factores. De todo ello cabe decir que no existen dos tutelas similares, sino que la tutela será única dependiendo de las figuras del tutor y del propio tutelado.

Las principales funciones aparecen recogidas en el art. 269 CC⁵⁹ añadiendo la función primordial, debido al factor económico, de la diligente gestión de los bienes del tutelado tal y como se recoge en el art. 270 CC: *“El tutor único... es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.”*

Sin embargo, el tutor no puede actuar bajo un régimen de libre albedrío, sino que existen límites a las posibilidades de actuación del tutor, acciones para las que necesita autorización judicial y se hallan en el art. 271 CC⁶⁰.

⁵⁹ Art.269: *“El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

- 1. A procurarle alimentos.*
- 2. A educar al menor y procurarle una formación integral.*
- 3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.*
- 4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.”*

⁶⁰ Art. 271: *“El tutor necesita autorización judicial:*

- 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.*
- 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.*

Otra obligación que presenta el tutor es la obligación de rendir cuentas de su administración como tutor ante la Autoridad judicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 279 CC⁶¹.

A modo de suma podría señalarse que el tutor tiene competencia respecto de la persona del tutelado, así como de la administración de su patrimonio.

Una vez señalados los deberes principales que presenta la figura, así como los límites de su actuación hay que hablar de sus derechos, empezando por el principal, el derecho a recibir una retribución en función del trabajo desempeñado durante el cargo de tutor tal y como se establece en el art. 274 CC: *“El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita...”* en consonancia con el art. 48 LJV que versa sobre la retribución del cargo de tutor. También existe la posibilidad de que el tutor haga suyo los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, que como se ha señalado previamente es una de las obligaciones principales de la figura del tutor, pero esto solo será posible si así lo establecen los padres del tutelado en sus disposiciones de última voluntad de conformidad con el art. 275 CC: *“Sólo los padres, y en sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos...”*

Esta figura se extingue por diversos motivos recogidos en los arts. 276⁶² y 277⁶³ CC.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado...”

⁶¹ Art. 279: *“El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses.”*

⁶² Art. 276: *“La tutela se extingue:*

1. *Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.*
2. *Por la adopción del tutelado menor de edad.*
3. *Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.*
4. *Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.”*

⁶³ Art. 277: *“También se extingue la tutela:*

1. *Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.*

Al ser una institución jurídica que se equipara en cuanto a las funciones a la patria potestad y que se debe a la ausencia de esta última, el tutor legal del menor que, además posee la representación legal del menor, es el que debe velar por el interés superior del menor y en su caso él es quien tiene la facultad, siempre que el menor sea escuchado en el procedimiento y con todas las garantías necesarias, de vincular al menor contractualmente siempre que sea menor de 16 años, ya que como ha sido explicado en apartados precedentes este menor mayor de 16 años tendría la facultad de vincularse por sí mismo, con una entidad deportiva profesional y firmar los correspondientes contratos vinculantes jurídicamente siempre que respeten la legalidad en cuanto a contenido, forma y por supuesto consentimiento con la obvia aprobación del menor y siempre que sea la voluntad de este, ya que de no ser así la vinculación contractual no será válida y no producirá efectos jurídicos por existir un vicio de consentimiento.

4.3. Desamparo

El concepto de desamparo lo proporciona el art. 172 CC: *“Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.”*

Para determinar el régimen jurídico de esta institución además del CC hay que acudir a la legislación específica, en concreto, a LMSPIA que modifica en parte la LOPJM.

El art. 18.2 párrafo cuarto LMSPIA, recoge una serie de supuestos específicos que tienen la consideración de situación de desamparo y que, a su vez, amplían el contenido de los arts. 172 y siguientes del CC.

De entre ellos cabe destacar algunos por su grado de concreción como la ausencia de escolarización, el abandono del menor sea porque no hay personas que deban ejercer la guarda de dicho menor sea porque no quieren o no pueden ejercer dichos deberes o la inducción a la mendicidad.

2. Al dictarse la resolución judicial que pongan fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.”

De este elenco de escenarios que componen la situación de desamparo del menor cabe realizar unas disposiciones genéricas y comunes a todas ellas y es que, se procede a la suspensión de la patria potestad (o de la tutela si fuere el caso) como efecto inmediato de la asunción de la tutela del menor por parte de la entidad pública correspondiente, salvo para aquellos actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores en representación del menor y que repercutan en un interés para éste tal y como se estipula en el art. 172.1 párrafo 3⁶⁴ CC.

El aspecto relativo al órgano que tiene que hacerse cargo del menor viene determinado por el art. 239 del CC y le corresponde a la Entidad Pública. Hay que entender que la correspondiente Entidad Pública será la más beneficiosa para el menor a efectos de cercanía y disponibilidad.

Continuando con el mismo artículo se determina que la guarda del menor en una situación de desamparo no es el régimen deseado por el CC y aparece en un plano secundario y subsidiario pues, de ser posible se prefiere el nombramiento de un tutor cuando por cualquier circunstancia pueda nombrarse.

Aunque como se ha señalado, la patria potestad se suspende temporalmente, puesto que cabe deducir que la suspensión tendrá la duración necesaria mientras se determina si se procede a nombrar un tutor o mientras los progenitores recuperan la patria potestad, ya que no hay que olvidar que aunque la mayoría de las razones por las cuales se crea una situación de desamparo son la falta continuada de cuidados al menor, éstos pueden recuperar la patria potestad del menor en desamparo y más aún en cortas edades, debido a que dichas situaciones prevén una reintegración familiar a corto o medio plazo.

Es necesario señalar que para que se produzca la reincorporación del menor en su entorno familiar de origen será preceptivo e imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva suficiente para restablecer la convivencia del menor y que se constate que el regreso del menor no supone riesgos relevantes, tal y como apunta el art. 19. Bis. 3⁶⁵ LMSPIA.

⁶⁴ Art. 172.1. 3º: *“La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.”*

⁶⁵ Art. 19. Bis. 3: *“Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico...”*

La legislación pone de manifiesto que la Entidad Pública debe elaborar un plan de protección individualizado en el cual se establezcan los objetivos, la previsión y en su caso, si fuera viable el programa de reintegración familiar⁶⁶, es decir, en este plan se acogen las medidas necesarias para el continuo desarrollo del menor, situaciones vitales como el lugar de residencia durante esta medida de protección, alimento, vestido, etc.

Sin embargo, parece que la legislación pretende evitar que esta Entidad Pública tome las decisiones más trascendente para el menor, como las actuaciones patrimoniales, ya que aun estando la patria potestad suspendida se permite que los progenitores realicen actuaciones patrimoniales en favor e interés del menor como se ha dicho anteriormente, es decir, aquellas situaciones o actos jurídicos que puedan comprometer el desarrollo del menor a nivel personal y educativo no deben ser competencia de la Entidad Pública puesto que ésta es una institución temporal, de tránsito, mientras se determina qué es lo más conveniente para el menor, sino que habría que esperar a que el menor esté en una situación de estabilidad y se pueda hacer efectiva la patria potestad y del mismo modo la representación del menor.

En esta misma línea argumental para evitar que la Entidad Pública tome decisiones trascendentales para el menor, De Pablo determina que *“en las relaciones jurídicas del menor con terceras personas, la ley reserva al Juez su constitución.”*⁶⁷

Aplicando el mismo ejemplo que hasta ahora ha sido empleado, si el menor se encontrara a disposición de vincularse pro futuro y de forma profesional con una entidad deportiva de élite, se halla en una situación de desamparo, no parece que la Entidad Pública debiera ser quien hiciera los oportunos actos para permitir esa vinculación profesional, sino que lo idóneo sería esperar a que se nombre un tutor para ese menor, suponiendo que es menor de dieciséis años y que no puede vincularse por él mismo, o los progenitores recuperen la patria potestad de este y una vez recuperada la estabilidad familiar, ser los padres o el tutor, siempre y

⁶⁶ Art. 19.bis. 1: *“Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar.”*

⁶⁷ De Pablo Contreras, P. (2011). Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento.). En Tratado de derecho de familia, vol 6º. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia (427). Navarra: Aranzadi.

cuando el menor estuviere de acuerdo y entendiera lo que supone la realización de dichos actos, los que ratifiquen y procedan a la vinculación profesional del menor con la entidad deportiva de élite correspondiente.

5. ÁMBITOS ESPECÍFICOS (mediante análisis jurisprudencial)

5.1. Fútbol: caso Baena

Es indiscutible la relevancia que tiene el deporte en nuestra sociedad actual, hasta el punto de estar recogido y expresamente nombrado como un principio rector de la política social y económica en el art. 43.3 CE.

Dentro del deporte cabe destacar el famoso “deporte rey”, el fútbol, que conforme pasa el tiempo va adquiriendo una mayor relevancia y trascendencia y no solo en cuanto a que es uno de los deportes que cuenta con más seguidores, sino trascendencia económica, pues los fichajes de algunos jugadores profesionales de balompié en los últimos años han sido realizados por unas cantidades exorbitantes de cientos de millones de euros.

Estas circunstancias hacen necesario echar la vista a un momento anterior al de la vida profesional de los jugadores de fútbol, al momento en el que se están formando como futuros profesionales del deporte, momento en el cual, muchos de ellos son demasiado jóvenes y no tienen capacidad de obrar (como ha sido expuesto en apartados anteriores) por lo que hay que traer a colación lo anteriormente analizado sobre la figura de la representación legal y el propio principio del interés superior del menor.

Cabe hablar aquí del famoso caso Baena, por ser el que más repercusión ha tenido, aunque se han dado muchos de estos supuestos en condiciones no idénticas, pero sí muy similares.

Se puede resumir del siguiente modo: Raúl Baena, el menor de edad (13 años), realizó dos acuerdos con el Fútbol Club Barcelona (en adelante F.C.B) siendo representado por sus padres en ambos actos:

1. Un precontrato en abril de 2002 para asegurar el servicio de Raúl como jugador profesional. El inicio de la relación de trabajo como profesional se daría cuando alcanzara la mayoría de edad. También se acordó que en el supuesto de que el jugador realizara un contrato laboral con otro Club y no con el F.C.B debería indemnizar a este último con 3.000.000 €.
2. Un contrato en abril de 2002 (tanto este como el anterior datan del mismo día, 22/04/2002) como jugador no profesional comprometiéndose a ser

jugador de dicha entidad durante una década además de una posibilidad de rescisión contractual mediante el abono al F.C.B de 30.000 €.

Raúl, en 2007, una vez alcanzada la mayoría de edad, decide rescindir el contrato con el F.C.B y vincularse con el Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona, siendo la consecuencia inmediata la demanda por parte del F.C.B al jugador por desistimiento de contrato no profesional solicitando la indemnización de 3.000.000 establecidos como cláusula penal en el precontrato.

La STS de 5 de febrero de 2013 determina *“que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada”*. Para el TS prima, por tanto, el interés superior del menor en cuanto que afecta al desarrollo de su personalidad, así como la protección de los menores en la esfera de su futuro desarrollo personal. Los representantes legales de los menores deben velar y hacer efectivo el interés de los menores, con las limitaciones y deberes que la legislación determina respecto a la educación.

Sin embargo, también entiende el propio TS que el interés del menor no puede prevalecer en este caso debido a las cláusulas y condiciones contractuales establecidas en el precontrato, en concreto, la estipulación de diez años de contrato laboral y una cláusula penal por incumplimiento de 3 millones de euros.

Además, en dicho contrato existía una cesión de los derechos de imagen del menor, *“lo que implica la cesión de derechos fundamentales de especial protección por el Ordenamiento Jurídico”*.

El TS declara la nulidad del precontrato por ser contrario a los límites del orden público y como consecuencia se produce la nulidad de la cláusula penal de los 3.000.000 de euros, por considerar el TS que vulnera el interés superior del menor por ser dicha cláusula desmesurada.

Es conveniente señalar que de una interpretación analógica del art. 166 CC al supuesto de hecho que se está analizando, sería necesario autorización judicial que determinara la validez de los actos contractuales realizados por las partes, porque de dichos actos contractuales deriva una obligación contractual del menor con una responsabilidad patrimonial, en caso de incumplimiento, de 3 millones de

euros, siendo ésta una cantidad desorbitada que vulneraría el concepto de orden público en materia laboral y el principio de libertad de contratación del menor, pues, esa cláusula penal así como la duración de 10 años del contrato laboral determinan que el menor no pueda decidir por sí mismo sobre su futuro laboral en ningún momento incluido el momento en el que legalmente pudo hacerlo, al obtener la mayoría de edad como bien determina el TS en la citada sentencia.

Esta sentencia del TS establece un límite bien marcado en cuanto al poder de representación que ostentan los padres respecto de sus hijos y es que dicha representación no puede extenderse a aquellos supuestos que afecten al desarrollo y a la formación de la personalidad de los menores y que puedan realizarse por estos mismos, es decir, aplicado al supuesto concreto, independientemente de que los padres ostenten la representación de su hijo Raúl, esto no les permite firmar acuerdos contractuales que vinculen al menor durante 10 años (visto en el contrato firmado por ambas partes), porque al alcanzar el menor la edad de 16 años, puede realizar actos y decisiones sobre su futuro como profesional futbolístico y manifestar expresamente su deseo y voluntad, contemplado las diferentes posibilidades, seguir en el mismo club, jugar para otra entidad deportiva en incluso abandonar el fútbol.

6. CONCLUSIONES

Las posibilidades de actuación de un menor en España varían en función de la Comunidad Autónoma en la que este se halle, sin embargo, grosso modo, puede decirse que los menores de edad poseen una limitada capacidad de obrar hasta que obtengan la mayoría de edad, pues pueden realizar diversos contratos de compraventa, como puede ser adquirir comida, ropa, entradas para el cine; contratos de prestación de servicios, como puede ser, hacerse un tatuaje, un piercing... pero ninguno trascendente que pueda comprometer bien su futuro bien su patrimonio, con la excepción del menor emancipado, como puede ser adherirse de forma voluntaria y personal a un contrato laboral mediante el cual el menor se vincule de forma profesional con una entidad deportiva de élite, por ejemplo un club profesional de fútbol o un club profesional de baloncesto.

Para subsanar estas carencias en las posibilidades de actuación del menor, es necesario, la existencia de diversas instituciones jurídicas a través de las cuales el menor puede desarrollar su personalidad y su futuro como, por ejemplo, la patria potestad o la tutela.

En estos dos supuestos, el menor siempre va a ser escuchado para cualquier acto jurídico que vaya a producir efectos en su esfera personal, aunque sean los progenitores o en su caso el tutor quienes tengan la capacidad y la potestad para hacer efectivos los actos en cuestión como sería consolidar el contrato laboral de compromiso profesional del menor con una entidad deportiva de élite.

Los menores, como seres frágiles que son, deben contar con instituciones legales que les ayuden y les guíen en el desarrollo de su persona, aconsejándoles, ayudándoles, proporcionándoles alimento, vestido y residencia. Sin ser un régimen legal de sobreprotección hay que velar por el desarrollo del menor, hacer todo lo posible para fomentar su crecimiento, formación y su personalidad.

7. FUENTES DE INFORMACIÓN

7.1. BIBLIOGRAFÍA

Aranda Rodríguez, R. (1999). La representación legal de los hijos menores. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Bo Jane, M. & Caballero Ribera, M. (1996). El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés? Las Rozas (Madrid): La Ley.

De Pablo Contreras, P. & Martínez De Aguirre Aldaz, C. (1990). Curso de Derecho civil Navarro (T. I) (pp. 327 y 328). Pamplona: S.A. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra.

De Pablo Contreras, P. (2011). Instituciones de guarda y protección de menores (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento.). En Tratado de derecho de familia, vol 6º. Las relaciones paterno-filiales (II) La protección penal de la familia (399-503). Navarra: Aranzadi.

Diez Picazo, L. (1979). La representación en el Derecho privado (pp. 62-64). Madrid: Cívitas.

García Presas, I. (2013). La patria potestad. Madrid: Dykinson.

Lacruz Berdejo, José L. (2010). Elementos de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 2º (pp. 136 y 137). Madrid: Dykinson.

López San Luis, R. (2001). La capacidad contractual del menor. Madrid: Dykinson.

Martínez de Aguirre, C. (2011). La persona y el derecho de la persona. En Curso de Derecho Civil, I, Derecho Privado Derecho de la persona (pp. 324-329). Madrid: Colex.

Mercader Uguina, Jesús R. (2016). Fronteras de la laboralidad y el concepto de deportista profesional. Capacidad para contratar deportistas menores y extranjeros. Régimen jurídico del deportista profesional (pp. 32-74). Navarra: Thomson Reuters.

Núñez Muñiz, M.^a Carmen. (2014). La guarda de hecho de menores e incapaces y la incidencia de las novedades normativas en la figura. Patria potestad, guarda y custodia (pp. 233-251). Madrid: Tecnos.

O'Callaghan Muñoz, X. (2008) Código Civil comentado y con jurisprudencia. 6.^a ed. (p.237). Las Rozas (Madrid): La Ley.

Sancho Rebullida, F. (1954). La edad en el Derecho aragonés (pp. 341-397). Zaragoza: Estudios de Derecho aragonés.

Seligrat González, Víctor M. (2014). Contratos deportivos y protección de menores. Actualidad civil, N° 4, 390.

Sánchez-Eznarriaga, Luis Z. (2007). Derecho de familia y de la persona (T.I) (p. 49). Barcelona: Bosch.

7.2. LEGISLACIÓN

Constitución Española de 1978.

Código Civil.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón.

Real decreto aprobando el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón.

Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre la fijación de la mayoría de edad civil.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón» el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Reglamento sobre el Estatuto y Tránsito de Jugadores.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

7.3. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1936.

Sentencia del Tribunal Supremo 1422/1985 de 12 de junio de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo 3543/1995 de 17 de junio de 1995.